CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 27 de Outubro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a decidir sobre duas questões, ambas respeitantes à aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE, aos sistemas de distribuição selectiva:

— um sistema de distribuição selectiva é incompatível com o artigo 85.°, n.° 1, pelo facto de o produtor não conseguir assegurar a respectiva «impermeabilidade», entendendo-se por falta de impermeabilidade o facto de o produtor não conseguir impedir que os produtos objecto de contrato sejam vendidos, no mesmo mercado, não apenas pelos concessionários autorizados mas também por distribuidores que não fazem parte da rede de distribuição oficial?

— no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, um fabricante tem o direito de limitar a sua garantia aos produtos vendidos por intermédio da rede oficial, excluindo, por conseguinte, os produtos comercializados, ainda que legalmente, por operadores estranhos à sua rede?

2. Precisamos, *in limine*, que as duas questões respeitam ao sistema de distribuição selectiva de produtos de luxo, os relógios Cartier. Todavia, é possível que os critérios definidos pelo Tribunal de Justiça venham a adquirir — sobretudo no que diz respeito ao alcance da obrigação de garantia do produtor — relevância de carácter geral, aplicando-se também a outras importantes categorias de produtos, frequentemente comercializados através de redes de distribuição selectiva.

Os factos

3. As duas questões anteriormente descritas enquadram-se num litígio que opõe uma sociedade do grupo Metro — grupo que exerce, em diversos Estados europeus, uma actividade de comércio por grosso em regime de livre serviço, organizada segundo o princípio «cash and carry» — à empresa Cartier, líder mundial de certas categorias de produtos de luxo.

Os factos na origem do litígio são bastante simples. A Cartier comercializa os seus produtos, segundo afirma, no mundo inteiro, através de uma rede de distribuição selectiva. Esse sistema baseia-se num contrato-tipo de «distribuição selectiva», celebrado entre as filiais nacionais do grupo (ou, na sua falta, o importador grossista) e os diversos concessionários autorizados.

* Língua original: italiano.

A Metro, não fazendo parte da rede oficial de venda, conseguiu abastecer-se em produtos Cartier (sobretudo relógios), com uma certa continuidade, e comercializá-los nos seus próprios estabelecimentos.

4. No processo que decorreu nos tribunais nacionais, não se provou qual é a origem do aprovisionamento da Metro. Na audiência, em resposta a uma questão que lhe colocámos, a Metro precisou que compra os relógios Cartier, na Suíça, a intermediários comerciais independentes, que, por sua vez, se abastecem junto de concessionários autorizados suíços da rede Cartier; o direito suíço permite, com efeito, esse tipo de fornecimento.

De qualquer modo, não é contestado (quer perante o órgão jurisdicional nacional quer perante o Tribunal de Justiça) que a compra e a comercialização dos produtos Cartier pela Metro se efectua de forma *lícita*. Além disso, resulta dos números apresentados ao Tribunal de Justiça que o comércio de produtos Cartier efectuado pela Metro atingiu, sobretudo na Alemanha, uma importância não negligenciável (num ano, cerca de 10% do volume total das vendas Cartier).

Até 1984, a Cartier efectuou prestações em execução da garantia relativamente a relógios vendidos pela Metro. Posteriormente, na sequência também de uma alteração ocorrida nos acordos celebrados com os distribuidores autorizados, a Cartier recusou fornecer a sua garantia gratuita relativamente aos relógios comprados fora da rede oficial de distribuição. Para estes relógios, a Cartier efectuou também as reparações pedidas, mas a cargo do cliente.

5. A recusa da Cartier de garantir os relógios vendidos pela Metro originou, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, um contencioso longo e complexo, que está resumido com precisão no relatório para audiência. Em particular, o Bundesgerichtshof (a seguir «BGH») — chamado a decidir pela segunda vez no recurso interposto da decisão do órgão jurisdicional que julgou de mérito — sublinhou que a recusa de garantia deixava de ser lícita logo que se situasse no âmbito de um sistema de distribuição selectiva não impermeável, ou seja, no âmbito de um sistema no qual os operadores estranhos à rede — como a Metro — tenham a possibilidade de se abastecer de forma lícita em produtos objecto de contrato. O BGH remeteu por isso o processo ao órgão jurisdicional competente para a decisão de mérito, o Oberlandesgericht Düsseldorf (a seguir «OLG»), a fim de que este procedesse à necessária determinação dos factos.

6. Na sequência dessas observações, o OLG colocou ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve considerar-se inválido um sistema de distribuição selectiva na CEE de produtos de prestígio (relógios da classe superior de preços e da classe de luxo) a que não se aplica o artigo 85.°, n.os 1 e 2 do Tratado CEE, com fundamento em que, para os países exteriores à Comunidade Económica Europeia, as cláusulas contratuais correspondentes não prevêem um sistema de distribuição selectiva ou o prevêem de forma imperfeita, de modo que nesses países os produtos em questão podem ser livremente adquiridos por terceiros estranhos ao sistema e introduzidos legalmente no mercado comum?»

O objecto do processo

7. A delimitação do objecto do processo coloca algumas dificuldades. Em estrito rigor, o OLG apenas questiona o Tribunal de Justiça quanto à relevância do critério da impermeabilidade para efeitos de aplicação do artigo 85.°, n.° 1. Deve todavia sublinhar-se que coloca esta questão a fim de poder pronunciar-se sobre a verdadeira questão que é objecto do litígio no processo principal, ou seja, sobre a legalidade da recusa de garantia pela Cartier relativamente a produtos vendidos fora da rede. Com efeito, este órgão jurisdicional considera que uma eventual ilegalidade do sistema da Cartier, por não ser impermeável, tornaria também ilegal a recusa de garantia.

Ora, é por de mais evidente que a questão da garantia pode também ser analisada de forma autónoma e não apenas em função da legalidade do sistema de distribuição em que se insere. Pode perguntar-se se a recusa de garantia pode constituir em si mesma, independentemente da legalidade do sistema da Cartier, uma violação do artigo 85.°, n.° 1. Os dois pontos de vista estão estreitamente ligados, o que é, de resto, confirmado pelo facto de (com excepção apenas do Governo helénico) todas as partes que apresentaram observações terem analisado um e outro aspecto, de forma aprofundada.

Limitar-se, por conseguinte, apenas ao problema da impermeabilidade, deixando de ter em consideração a compatibilidade da recusa de garantia, enquanto tal, com o artigo 85.°, n.° 1, equivaleria a fornecer ao órgão jurisdicional *a quo* uma resposta naturalmente mais simples e mais rápida, mas bastante incompleta e de pouca utilidade para a solução do litígio que lhe foi apresentado. Por outro lado, essa limitação seria tanto mais injustificada quanto, quer na fase escrita quer na audiência, o debate se concentrou, sobretudo, precisamente sobre a questão da garantia, permitindo por conseguinte ao Tribunal de Justiça recolher todos os elementos de apreciação necessários a esse respeito. Também razões de economia processual levam, pois, a considerar que é oportuno que o Tribunal de Justiça examine, *ex professo*, a questão da garantia no âmbito do presente processo.

Consideramos, pois, que, no caso dos autos, tendo em conta o objecto do litígio no processo principal e a fim de fornecer ao órgão jurisdicional *a quo* os elementos de interpretação do direito comunitário, indispensáveis para resolver a questão de direito que lhe foi submetida, é pertinente analisar — como, de resto, quase todas as partes o fizeram no decurso do debate perante o Tribunal de Justiça — se a limitação da garantia pode constituir em si mesma uma violação do artigo 85.°, n.° 1.

8. Nas suas alegações, a Metro, além de invocar a falta de impermeabilidade do sistema de distribuição da Cartier e a ilegalidade da recusa da garantia, formulou também uma série de outras objecções contra os acordos de distribuição selectiva que vinculam a Cartier aos seus concessionários. Com efeito, na sua opinião, o sistema da Cartier viola o artigo 85.°, n.° 1, por quatro motivos:

— porque os concessionários oficiais não podem abastecer-se junto de outros concessionários oficiais estabelecidos fora da CEE (proibição de vendas cruzadas provenientes de países terceiros);

— porque as vendas cruzadas no interior da CEE são, na realidade, entravadas;

— porque os critérios de selecção dos concessionários são injustificados e, por isso, demasiado restritivos;

— porque este sistema é desprovido de objectividade e conduz a uma selecção que não é «puramente qualitativa».

9. Deve o Tribunal de Justiça apreciar a fundamentação destas críticas? Consideramos que se deve responder negativamente a esta questão. Os aspectos que acabamos de enumerar só indirectamente respeitam ao objecto do litígio principal, tal como acima foi descrito. Além disso, não parece que tenham sido precisados pelos órgãos jurisdicionais nacionais nas diferentes fases do processo. Finalmente, também não foram objecto de um verdadeiro debate processual no Tribunal de Justiça: no decurso da fase escrita, só a Metro desenvolveu considerações a esse respeito e, na audiência, foram praticamente ignorados.

10. Consideramos, pois, que esses aspectos são estranhos ao âmbito do presente processo. Aliás — como é evidente — esta solução não prejudica a faculdade de a Metro expor as suas objecções contra o sistema de distribuição da Cartier, quer perante o órgão jurisdicional nacional, que é competente para apreciar a sua relevância, em conformidade com o artigo 85.°, n.os 1 e 2, quer perante a Comissão, sob a forma de denúncia apresentada nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17/62 do Conselho.

A «permeabilidade» do sistema Cartier

11. A Metro sustenta que o sistema da Cartier não é impermeável, e isso em medida considerável. Uma quantidade apreciável de produtos Cartier é comercializada por operadores independentes, ou seja, que não fazem parte da rede oficial. Daí decorre uma distorção de concorrência entre distribuidores oficiais e independentes: uns e outros comercializam os mesmos produtos nos mesmos mercados, mas os primeiros estão submetidos a encargos (inerentes à concentração dos seus *stocks* e da sua actividade nos produtos objecto de contrato), que, em contrapartida, não pesam sobre os segundos.

12. A Cartier sustenta, pelo contrário, que o seu sistema de distribuição é impermeável tanto do ponto de vista teórico como do ponto de vista prático. A comercialização dos produtos é, com efeito, confiada, em todo o mundo, a uma rede de distribuidores seleccionados que são obrigados por contrato a revender os produtos ou a consumidores finais ou a comerciantes *que fazem parte da rede oficial.* E, neste último caso, as vendas são aliás sujeitas a um regime especial de registo. O sistema está, pois, organizado de forma a garantir que a circulação dos produtos se faça exclusivamente no quadro da rede oficial e não através de operadores independentes. Com efeito, segundo a Cartier, o único fenómeno de vendas independentes que se manifestou no mercado europeu foi o da Metro, a qual utiliza meios consideráveis de que dispõe para se abastecer, em países terceiros, em pequenas quantidades de produtos Cartier, que, em seguida, e pouco a pouco, são concentrados em diferentes armazéns do grupo. Deve todavia sublinhar-se que a Cartier renunciou

a *provar* a impermeabilidade da sua rede à escala mundial.

Além disso, como já observámos, a Cartier, no processo em que é demandada, não alegou que a compra e a colocação no comércio dos seus produtos pela Metro constituem actos ilícitos e, em particular, actos de concorrência desleal.

13. A Cartier — sustentada pelos Governos francês e helénico, bem como, com algumas reservas, pela Comissão — afirma em seguida que, em todo o caso, para o direito comunitário, a impermeabilidade de um sistema de distribuição selectiva não é uma condição essencial da legalidade do sistema em si mesmo. Mais, um certo grau de permeabilidade — que se traduz pela presença, no mercado de um ou de vários Estados-membros, de um certo volume de vendas de produtos objecto de contrato, por operadores independentes — deve ser considerado como um elemento que estimula a concorrência e, por conseguinte, como um factor de compatibilidade, e não de incompatibilidade, do próprio sistema em relação ao artigo 85.°, n.° 1.

14. A esse respeito, deve antes de mais observar-se que, em conformidade com uma jurisprudência constante e bem conhecida, os sistemas de distribuição selectiva são considerados compatíveis com o artigo 85.°, n.° 1, quando a selecção dos distribuidores se justifica por exigências relativas à natureza do produto em questão e é efectuada com base em critérios objectivos de carácter qualitativo relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações; estas condições devem, além disso, ser fixadas de forma uniforme em relação a todos os revendedores potenciais e aplicadas de forma não discriminatória (v., por todos, o acórdão de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal, 31/80, Recueil, p. 3775).

15. Em princípio, a instituição de um sistema de distribuição selectiva é certamente justificada para produtos — como os relógios Cartier — que se incluem na classe de produtos de luxo e de elevada qualidade de fabrico. Neste sector, a canalização da distribuição através de operadores seleccionados e empenhados nas vendas da marca é uma condição importante para a promoção da imagem e da reputação comercial do produto.

16. Provada a justificação, em princípio, da instituição de um sistema de distribuição selectiva para produtos como os relógios Cartier, é necessário em seguida determinar se a *permeabilidade* de tal sistema pode afectar a sua legalidade.

17. A esse propósito, deve antes de mais precisar-se que o critério da impermeabilidade é um critério de direito nacional. Resulta dos autos que a sua relevância na ordem jurídica alemã é dupla. De um primeiro ponto de vista, de natureza processual, este critério serve para inverter o ónus da prova nas acções de concorrência desleal instauradas por um produtor, que tenha instituído um sistema de distribuição selectiva, contra terceiros, distribuidores estranhos à rede, que tenham comercializado os seus produtos. Nesta hipótese, se o sistema de distribuição for impermeável, *presume-se* que o distribuidor estranho à rede agiu de modo desleal, induzindo um concessionário autorizado a cometer uma violação do contrato ou servindo-se simplesmente dessa violação. A presunção da

natureza desleal da acção do terceiro permitirá, pois, ao produtor, obter a cessação da revenda dos produtos pelo terceiro e a reparação do prejuízo sofrido.

De um segundo ponto de vista, de natureza material, o critério da impermeabilidade serve para condicionar *a eficácia* das cláusulas do contrato de distribuição selectiva que imponham ao concessionário certas obrigações, como, em particular, a de não vender os produtos objecto de contrato a um preço inferior ao preço mínimo imposto pelo fabricante, ou de não vender estes produtos a distribuidores estranhos à rede. Se o sistema não for impermeável, e se, por conseguinte, o concessionário autorizado se encontrar exposto à concorrência de terceiros independentes, o referido concessionário poderá subtrair-se ao cumprimento das suas obrigações, objectando, em relação ao produtor, *a excepção do exercício ilícito do direito*, excepção que priva de eficácia jurídica as cláusulas contratuais invocadas pelo produtor. Desta forma, o sistema, cuja permeabilidade tenha sido verificada, perde praticamente todo o seu alcance vinculativo efectivo em relação aos concessionários.

Por outro lado, tal como nos parece ter resultado dos debates orais, na ordem jurídica alemã o critério da impermeabilidade não é directamente relevante para a aplicação do direito nacional relativo aos acordos.

18. De qualquer modo, qualquer que seja a importância do critério da impermeabilidade no plano interno, a questão a que se deve responder é a de saber se no *plano comunitário* o sistema de distribuição selectiva deve ser considerado incompatível com o artigo 85.°, n.° 1, pelo simples facto de não ser impermeável.

19. A esse propósito, foi sublinhado que nem a Comissão nem o Tribunal de Justiça alguma vez previram a impermeabilidade entre as condições a que está subordinada a legalidade de um sistema de distribuição selectiva. Todavia, é evidente que essa observação não é determinante em si própria. O que importa, pelo contrário, é a consideração de que a transposição deste critério para o âmbito do artigo 85.° do Tratado não parece justificada por qualquer exigência efectiva de protecção da concorrência.

20. A esse respeito, parece-nos oportuno partir de um elemento de facto. Como a Cartier sublinhou com razão, é perfeitamente normal que os sistemas de distribuição apresentem um certo grau, mais ou menos elevado, de permeabilidade. Basta pensar que estes sistemas são instituídos, em concreto, gradualmente: numa primeira fase, podem abranger regiões determinadas e ser em seguida estendidos, apenas numa segunda fase, a outras regiões. Isso pode verificar-se particularmente no âmbito do mercado europeu: neste mercado, pode perfeitamente acontecer que o produtor só chegue a criar uma rede de distribuição selectiva em certos Estados onde os seus produtos são mais conhecidos e reputados aos olhos dos consumidores e onde, por conseguinte, é mais fácil encontrar distribuidores dispostos a assumir os compromissos e os encargos de um contrato de distribuição selectiva; enquanto, noutros Estados, a distribuição se efectua, pelo menos durante um certo período, por intermédio de operadores independentes. Neste caso, é perfeitamente normal que, se se verificarem os pressupostos económicos, os comerciantes independentes estabelecidos em países onde há uma distribuição selectiva se

abasteçam paralelamente nos comerciantes independentes estabelecidos nos países em que não existe, pelo contrário, uma rede selectiva de venda.

Além disso, e de maneira geral, o fenómeno das vendas fora da rede pode ser mais dificilmente evitado quando se trata de produtos comercializados por intermédio de um número elevado de revendedores. Assim, se não está excluído que se possa controlar e assegurar a manutenção do sistema de distribuição selectiva no caso dos produtos de luxo, que são habitualmente distribuídos por intermédio de uma rede bastante limitada (embora o exemplo da Metro pareça demonstrar precisamente o contrário), é certamente mais difícil evitar que se produzam falhas na estrutura de distribuição de produtos de grande difusão, como por exemplo a electrónica de amador ou os pequenos aparelhos electrodomésticos, para os quais se recorre habitualmente a uma comercialização muito mais difusa.

21. Tendo em conta estas circunstâncias de facto, condicionar a legalidade de um sistema de distribuição selectiva à sua impermeabilidade à escala europeia, ou mesmo à escala mundial, seria correr o risco de afectar o mecanismo da concorrência e não de o preservar.

Com efeito, em primeiro lugar, impor a impermeabilidade como condição essencial conduziria a limitar consideravelmente a autonomia das partes. O produtor e os seus parceiros comerciais encontrar-se-iam colocados perante uma escolha drástica e, em numerosos casos, totalmente estranha à realidade económica: ou instituir um sistema capaz de se manter impermeável, ou então renunciar totalmente à distribuição selectiva. Na prática, isso levaria a introduzir um elemento de rigidez nas relações comerciais, impedindo as partes de determinar livremente, e segundo a sua própria apreciação, a melhor base de distribuição. Ora, na medida em que, em certos sectores — como o que está aqui em questão —, uma estrutura integrada da distribuição aparece precisamente como um instrumento importante para a promoção dos produtos em causa, impedir o produtor de recorrer à distribuição selectiva, apenas pela razão de não conseguir evitar um certo volume de vendas fora da rede, poderia privá-lo indevidamente de um *trunfo* importante na concorrência *interbrand.*

Em segundo lugar, também não se pode esquecer o facto de que, nos sectores económicos onde todos os produtores importantes recorrem, para a comercialização, a sistemas de distribuição selectiva, a possibilidade de vendas fora da rede pode igualmente ter um efeito benéfico; essa possibilidade serve de válvula de segurança, na medida em que, sem pôr em causa a própria legalidade das redes selectivas, serve, apesar disso, para moderar os fenómenos de rigidez excessiva, especialmente nos preços, mantendo aberto um sector a um comércio paralelo limitado, exercido pelos operadores estranhos à rede oficial.

22. Quanto ao desequilíbrio que as vendas fora da rede podem provocar nas relações de concorrência entre operadores oficiais e operadores independentes, parece-nos que, mais uma vez, a solução destas dificuldades deve ser encontrada na autonomia das partes interessadas: produtor e distribuidores oficiais. São eles que se encontram na situação mais apropriada para estabelecer se o volume de vendas fora da rede pode pôr em causa a coesão do sistema de distribuição selectiva.

Neste caso, será no interesse de todos rever a base da comercialização e passar de uma distribuição especializada a uma distribuição livre. Ao fazê-lo, as partes poderão evidentemente utilizar a resolução convencional do contrato de distribuição selectiva e, no caso de conflito de interesses, os outros instrumentos colocados à sua disposição pelo direito nacional dos contratos.

Não seguir esta via seria correr o risco de originar uma terapia pior do que o mal, no sentido de que, para remediar os desequilíbrios causados ao sistema de distribuição selectiva pelas vendas fora da rede, se declararia, pela aplicação do artigo 85.°, n.os 1 e 2, a nulidade do sistema no seu conjunto; e isso, paradoxalmente, mesmo contra a vontade dos, produtor e distribuidores oficiais, que são lesados nas vendas fora da rede.

Por outro lado, para ser completo, é também necessário observar que a eventual aplicação do critério da impermeabilidade poderia revelar-se muito incerta no plano prático. A partir de que volume de vendas fora da rede, e em que período de tempo, se poderia considerar que o sistema de distribuição selectiva se tornou incompatível com o artigo 85.° n.° 1? Dever-se-ia encarar a hipótese de um limiar único para todos os sectores ou limiares diferenciados para os diferentes sectores? E, nesta segunda hipótese, em função de que critérios? Os órgãos jurisdicionais — incluindo o Tribunal de Justiça — estão em condições de dar uma resposta a estas questões, sem correr o risco de tomar decisões arbitrárias? Estas dúvidas, confirmam, ao que nos parece, que os eventuais problemas colocados pela existência de fenómenos de vendas fora da rede devem ser resolvidos de forma autónoma pelas partes e não por intervenções judiciais baseadas na aplicação do artigo 85.°, n.os 1 e 2.

23. Propomos por isso ao Tribunal de Justiça que responda sobre esta questão, declarando que, num sistema de distribuição selectiva, o simples facto de os produtos objecto de contrato serem legalmente postos à venda, nos mesmos mercados, não apenas pelos concessionários oficiais mas também por comerciantes que não fazem parte da rede de distribuição selectiva, não torna este sistema incompatível com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

A limitação da garantia

24. A Metro sustenta que a limitação da garantia apenas aos produtos vendidos pelos distribuidores oficiais prejudica substancialmente as vendas efectuadas pelos operadores independentes. Esta limitação, na sua opinião, não se justifica por exigências relativas à protecção da qualidade e do prestígio dos produtos. A Metro insiste no facto de as prestações relativas à garantia serem efectuadas pelo produtor, limitando-se o distribuidor a intervenções banais e que não exigem o uso de técnicas e equipamentos particulares.

25. A Cartier introduz, pelo contrário, uma outra ordem de considerações. Sublinha, em particular, que só os distribuidores oficiais dispõem das informações, dos materiais e dos instrumentos necessários para conservar os produtos e fornecê-los ao cliente em perfeito estado de funcionamento. Isso decorre directamente dos compromissos contratuais

particulares que cada membro da rede oficial assume em virtude do contrato de distribuição selectiva. Por outro lado, só os produtos vendidos por intermédio do circuito oficial estão submetidos aos controlos necessários para garantir a respectiva autenticidade. Os casos de produtos falsificados vendidos pela Metro são a prova disso. É pois lícito que o produtor limite a garantia apenas aos produtos vendidos por intermédio do circuito oficial.

26. Ao examinar a questão, é necessário abordar, antes de mais, quais os efeitos da limitação da garantia nas relações de concorrência. Em geral, os comerciantes que não podem fornecer produtos com a garantia normalmente prestada pelo fabricante são consideravelmente lesados no plano comercial; entre um produto garantido e um produto não garantido, o consumidor será levado a preferir o primeiro, também pela razão de que a ausência de garantia pode originar nele dúvidas quanto à qualidade (ou mesmo quanto à autenticidade) do produto que lhe é proposto.

A Comissão observa todavia que, no âmbito dos sistemas de distribuição *selectiva* (qualitativos), a limitação da garantia tem efeitos diferentes dos inerentes aos casos de distribuição *exclusiva*.

Nos casos de distribuição exclusiva, recusar a garantia relativamente aos produtos distribuídos pelos importadores paralelos coloca o concessionário, no território abrangido pela sua competência, numa situação indubitavelmente mais vantajosa em relação aos importadores paralelos; estes últimos, não podendo assegurar as prestações de garantia aos seus clientes, arriscam-se a ser «excluídos» do mercado, com a consequência de a exclusividade já reconhecida pelo produtor ao seu concessionário tender a transformar-se de exclusividade puramente relativa em exclusividade virtualmente absoluta.

Nos casos de distribuição selectiva (qualitativa), todos os revendedores que preencham as condições prescritas têm, pelo menos em teoria, a possibilidade de ser autorizados e de comercializar os produtos; daí resulta que, num enquadramento territorial determinado, pode existir um número variável, e mesmo muito elevado, de revendedores autorizados, nenhum dos quais beneficia de exclusividade territorial de origem contratual. No caso de distribuição selectiva, por conseguinte, a recusa de conceder a garantia relativamente aos produtos vendidos fora do sistema não reforça uma exclusividade territorial preexistente, mas visa simplesmente proteger os distribuidores autorizados da concorrência de distribuidores não autorizados.

Tendo em conta estas considerações, poderia ser-se tentado a concluir que, no caso de distribuição selectiva (qualitativa), a limitação de garantia não produz efeitos restritivos da concorrência. Recusar a garantia relativamente aos produtos vendidos fora da rede só teria como consequência desfavorecer distribuidores — os distribuidores não autorizados — que, em princípio (ou seja, se o sistema tivesse funcionado da melhor maneira), não deveriam precisamente ter comercializado os produtos em questão.

27. Não negamos que esta abordagem seja sugestiva. Todavia, analisando de forma mais atenta, parece-nos que a mesma se revela sumária e totalmente desprovida de fundamento.

28. Antes de mais, observamos, ainda que incidentalmente, que a selecção *qualitativa* é uma brilhante construção teórica, mas não é de forma alguma seguro que seja rigorosamente respeitada na prática. Apesar de todas as precauções tomadas pela Comissão — aliás, totalmente inexistentes no caso do contrato Cartier —, pode acontecer que sistemas teoricamente qualitativos, e por isso abertos a qualquer revendedor que preencha as condições requeridas, se revelem em seguida, no plano dos factos, muito mais fechados ou mais rígidos que o que foi declarado. Isso pode acontecer, em particular, no caso de produtos, como os produtos de luxo, cuja distribuição é de qualquer forma mais concentrada e nos casos em que é difícil estabelecer se o sistema não é, na realidade, baseado numa selecção *quantitativa*.

Ora, pelo menos na medida em que a Comissão e o Tribunal de Justiça continuem a ser, em princípio, hostis a qualquer forma de selecção quantitativa, pode considerar-se que o comércio através de operadores estranhos à rede, desde que seja lícito, constitui uma espécie de válvula de segurança, que merece ser protegida, também sob o ponto de vista da garantia.

29. Mas, em todo o caso, a consideração fundamental não é essa. Com efeito, entendemos que, mesmo que o sistema de distribuição selectiva seja autenticamente qualitativo, a limitação da garantia apenas aos produtos vendidos pelos concessionários oficiais pode também produzir efeitos restritivos na concorrência, na acepção do artigo 85.°, n.° 1.

30. A esse respeito, é preciso partir da premissa — já várias vezes recordada — de que as vendas fora da rede, efectuadas por operadores independentes, como a Metro, são lícitas. Se assim não fosse, se por exemplo se tratasse de produtos falsificados, é claro que o problema da garantia nem se colocaria, dado que o produtor poderia utilizar outros meios, bem mais incisivos do que a recusa da garantia, para se opor a vendas ilícitas desses produtos. Todavia, de maneira geral, é evidente que a garantia do fabricante se aplica apenas aos produtos originais e não, evidentemente, aos produtos falsificados.

No caso dos autos, como precisámos anteriormente, a Cartier não contesta que os produtos vendidos pela Metro, e relativamente aos quais foi recusada a garantia, tenham sido postos no comércio de forma lícita: ou seja, são produtos não falsificados.

31. A isso deve acrescentar-se que todas as partes — incluindo a própria Cartier — insistiram no facto de que um certo grau de comercialização fora da rede é um fenómeno absolutamente *normal* na realidade comercial, que pode perfeitamente coexistir com os sistemas de distribuição oficiais, e que, quando isso acontece, tem efeitos *benéficos* sobre a concorrência.

32. Mas se isso for verdade, então não se compreende por que razão se deveria reconhecer ao produtor a faculdade de utilizar a recusa de garantia como um instrumento, como uma arma, para prejudicar operadores comerciais que exercem, apesar de tudo, uma actividade reconhecida por ele próprio não somente como lícita mas mesmo como positiva para a concorrência.

Na realidade, o direito comunitário relativo aos acordos reconhece e protege o direito de o produtor instituir sistemas selectivos e obrigar os seus concessionários a só vender os produtos objecto de contrato (além de aos consumidores finais) a outros comerciantes autorizados. Todavia, logo que, por uma razão qualquer (extensão territorialmente limitada da rede oficial, legislações de outros países que não permitem a proibição contratual de vendas a operadores estranhos ao sistema, impossibilidade de assegurar a impermeabilidade, ou outro motivo), se desenvolva um comércio *lícito* fora da rede, não se vê porque é que esta actividade comercial não deve ser protegida da mesma forma que todas as outras, igualmente do ponto de vista da garantia.

33. Esta tese parece-nos também apoiada por considerações ligadas à *protecção do consumidor*, considerações que não deveriam ser estranhas à interpretação do artigo 85.° do Tratado. Com efeito, admitir a limitação da garantia, tem por consequência que os consumidores que compraram de forma *lícita* produtos*originais* a operadores independentes fiquem privados, apenas em razão desse facto, da garantia normal do produtor para defeitos de fabrico. Isso é uma*discriminação* absolutamente injustificada, pelo menos na medida em que se trate de defeitos que são imputáveis ao produtor e não ao comerciante independente que distribuiu o produto.

34. A Cartier argumentou ainda que a limitação da garantia se justifica por outras considerações. Na sua opinião, a comercialização fora da rede aumenta o factor de risco inerente a qualquer compromisso de garantia do fabricante. Só os comerciantes especializados estão em condições de conservar o melhor possível os produtos, reduzindo ao mínimo o risco da ocorrência de danos. Pelo contrário, a obrigação de garantir também os produtos vendidos fora da rede, exporia o produto a riscos, e portanto a encargos, insuportáveis. De facto, a Cartier precisou que a contribuição específica fornecida pelos concessionários autorizados para a melhor conservação dos produtos consiste, em substância, na substituição, pontual e no momento oportuno, das pilhas de quartzo, no emprego, para esse fim, de determinadas pilhas, e, em certas circunstâncias, na substituição das guarnições impermeáveis.

35. Pessoalmente, consideramos que se corre o risco de sobreavaliar o papel dos concessionários autorizados. Os comerciantes estranhos às redes oficiais podem, também eles, ser profissionais sérios e possuir os conhecimentos e os instrumentos necessários para assegurar uma conservação e uma colocação em funcionamento mais que correctas dos produtos; na realidade, não consideramos que comerciante independente seja sinónimo de comerciante não especializado ou, ainda pior, de comerciante incapaz.

Quanto ao caso dos autos, é bom recordar que o OLG, na sua decisão de 20 de Dezembro de 1988 [alínea f) da fundamentação], observou já que «as prestações de conservação e de garantia que incubem ao próprio concessionário limitam-se, no seu conjunto, a prestações principalmente periféricas..., enquanto as intervenções no 'coração' do relógio continuam reservadas ao próprio fabricante»; e que, se as prestações de serviço que incumbem ao concessionário necessitam, sem dúvida, de um equipamento técnico mínimo, é, pelo contrário, duvidoso que esse equipamento coloque «exigências técnicas, artesanais ou financeiras tais, que não possam ser cumpridas também por um grande número de outros retalhistas de relojoaria ou

por departamentos especializados de grandes armazéns que dispõem de pessoal adequado».

36. Tendo em conta estas observações, podem alimentar-se várias dúvidas quanto ao facto de a venda de relógios Cartier pela Metro implicar riscos técnicos que possam comprometer a gestão do sistema de garantia instituído pelo fabricante.

37. Mas, mesmo além deste aspecto, entendo essencial uma outra consideração. Supondo que os concessionários autorizados efectuam prestações sofisticadas que os comerciantes não autorizados não estão em condições de oferecer e que, além disso, estas prestações são determinantes para evitar a ocorrência de certos*problemas* e danos técnicos, trata-se de um aspecto meramente factual que compete evidentemente ao órgão jurisdicional nacional averiguar.

Ora, em tal caso, o produtor poderá certamente recusar a garantia relativamente aos defeitos que são a *consequência* da omissão ou da execução incorrecta das prestações acima referidas pelo comerciante independente.

Não existe todavia qualquer razão que autorize o produtor a não garantir os defeitos que não têm nada a ver com essas prestações e que, noutros termos, poderiam muito bem existir mesmo que o produto tivesse sido comercializado por um concessionário autorizado.

38. Esta solução parece-nos adequada para conciliar os diversos interesses em presença. Por um lado, o interesse do produtor em não responder pelos danos que teriam sido evitados se os produtos tivessem circulado pelo canal oficial. Por outro lado, o interesse dos comerciantes independentes e dos seus compradores em que não existam, no plano da garantia, *discriminações* indevidas em relação aos produtos vendidos fora da rede: discriminações indevidas que se produziriam certamente se o produtor pudesse igualmente recusar a garantia relativamente aos defeitos que não são de forma alguma imputáveis aos actos do comerciante independente.

Assim, no caso dos autos, a Cartier — se as suas afirmações fossem realmente fundamentadas — poderia recusar a garantia relativamente a um dano ligado à não substituição ou à substituição incorrecta das pilhas ou da guarnição impermeável, mas não poderia recusar a garantia relativa a um dano devido, por exemplo, a defeito dos materiais de fabrico.

Isso deveria ser válido, por maioria de razão, na medida em que a garantia da Cartier se apresenta como uma garantia para «defeitos de fabrico»; o compromisso assumido pelo produtor face ao comprador — tal como resulta do «certificado de garantia» que acompanha os relógios vendidos — não deveria de qualquer modo cobrir os danos imputáveis ao comportamento do comerciante independente.

39. Consideramos, pois, que o compromisso do produtor, contido no«certificado de garantia», de garantir os defeitos de fabrico, é igualmente válido relativamente aos consumidores que compraram o produto mesmo a

comerciantes não autorizados, com exclusão apenas dos defeitos que sejam consequência da inexecução ou da execução incorrecta, pelo comerciante não autorizado, de prestações que normalmente são efectuadas pelos concessionários autorizados.

40. Esta solução, naturalmente, pode dizer respeito não só aos produtos em questão mas, eventualmente, também a outras categorias de produtos submetidos a um regime de distribuição selectiva e abrangidos pela garantia do fabricante.

41. À luz destas considerações, sugerimos que o Tribunal de Justiça se pronuncie nos seguintes termos:

«1) Num sistema de distribuição selectiva, o simples facto de os produtos objecto de contrato serem legalmente postos à venda, nos mesmos mercados, não apenas pelos concessionários oficiais mas igualmente pelos comerciantes que não fazem parte da rede de distribuição selectiva, não é de natureza a tornar este sistema incompatível com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE.

2) O artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE opõe-se a que, no âmbito de um sistema de distribuição selectiva, um produtor, em entendimento com os concessionários autorizados, exclua da garantia por defeitos de fabrico os produtos legalmente postos à venda por comerciantes não autorizados. Todavia, esta garantia não pode ser invocada pelo comprador relativamente a defeitos ou a danos do produto que sejam consequência da inexecução ou da execução incorrecta, pelo comerciante não autorizado, de prestações que normalmente são efectuadas pelos concessionários autorizados.»